

LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR “CONVIVENCIA MARITAL”: SIGNIFICADO Y FINALIDAD

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Becario del Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia
gonmuro@alumni.uv.es

RESUMEN: La presente comunicación analiza el aspecto extintivo de la pensión compensatoria, concretamente su extinción por “vivir maritalmente con otra persona”. De esta forma, pone de relieve las distintas interpretaciones a las que ha dado lugar la expresión y, finalmente, cuál ha sido la postura del Tribunal Supremo. Asimismo, plantea si su supuesto fundamento resulta coherente con la solución escogida por el Supremo. No obstante, ese razonamiento nos puede llevar al cuestionamiento mismo de la finalidad de la pensión compensatoria en la sociedad actual.

PALABRAS CLAVE: ruptura matrimonial, divorcio, desequilibrio económico, pensión compensatoria, enriquecimiento injusto, convivencia marital, extinción.

ABSTRACT: This paper analyses the compensatory allowance, specifically the extinction because of “cohabitante with another person”. Thereby, it sets out the different interpretations and, finally, the choice of The Supreme Court. Furthermore, it explains if its function is coherent with the actual interpretation. However, that reasoning may call into question the existence of the compensatory allowance in our actual society.

KEY WORDS: marriage breakdown, divorce, economic imbalance, compensatory allowance, unfair enrichment, extinction,

FECHA DE ENTREGA: 11/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ASPECTO EXTINTIVO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- 1. La pensión compensatoria y el desequilibrio económico.- 2. La extinción de la pensión compensatoria.- 3. Breve referencia a la extinción de la pensión compensatoria en el Derecho Comparado.- III. ¿QUÉ SIGNIFICA “CONVIVENCIA MARITAL”?.- 1. Ideas generales.- 2. La postura del Tribunal Supremo.- IV. FUNDAMENTOS, INCOHERENCIAS Y PROPUESTAS.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia de las crisis matrimoniales en el ámbito del Derecho Privado y, más si cabe, en la sociedad actual es incontestable. Solo hace falta mirar los datos, según fuentes del Poder Judicial¹, en el año 2016 (último año con estadísticas registradas) se produjeron 101.294 disoluciones matrimoniales, de las cuales 96.824 fueron divorcios. Lo que arroja una media de 2,18 divorcios por cada 1000 habitantes.

Pues bien, en la presente comunicación voy a analizar un elemento verdaderamente complejo e importante dentro de las rupturas conyugales, a saber, la pensión compensatoria. Concretamente, la extinción de la misma por “convivencia marital” del acreedor con un tercero. Así, voy a poner de relieve cuál es la postura que mantiene el Tribunal Supremo respecto dicha expresión y, al menos, intentar despejar algunos interrogantes sobre la cuestión: ¿Cuál es su fundamento?, ¿Es coherente la interpretación que se hace de la misma con su finalidad?, ¿Cuál es su naturaleza?, ¿Entonces, son compatibles sus características con el presente inmediato y próximo, o el precepto se ha visto superado la realidad social?

II. EL ASPECTO EXTINTIVO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. La pensión compensatoria y el desequilibrio económico

La pensión compensatoria se regula en el art. 97 del Código Civil (en adelante CC) con el siguiente tenor: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.” A continuación, enumera las circunstancias que ha de seguir el juez, en defecto de pacto, para determinar la existencia de desequilibrio, así como

¹ Fuente: Estadística Judicial: <http://www.poderjudicial.es>

delimitar su importe y extensión (si seguimos la tesis “subjetiva”²). Si bien, no se trata de una lista cerrada³. Dicho esto, a primera vista se puede concluir que es “conditio sine qua non” la existencia de desequilibrio al momento de la ruptura matrimonial (no nulidad) para que pueda haber derecho a una pensión compensatoria, no siendo posible reclamar la pensión compensatoria cuando el desequilibrio no trae causa de ese momento.

Aunque no sea objeto del presente estudio, explicaré brevemente a que se refiere el CC cuando habla de “desequilibrio”. Como desde hace tiempo ha manifestado la doctrina científica y la jurisprudencia, la pensión compensatoria “no es un derecho adquirido”⁴, ni mucho menos “un mecanismo reequilibrador de patrimonios”⁵, sino un instrumento que tiene como objeto “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en un situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”⁶. Por tanto, “a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo”⁷. No obstante, la naturaleza de la pensión compensatoria no es puramente indemnizatoria⁸, sino que podría hablarse de “sui generis” por sus propias características⁹, ya que tiene matices asistenciales y prescinde de la idea de culpa. Al final, lo que pretende es compensar determinados desequilibrios que se hayan producido durante el matrimonio, principalmente, por una mayor dedicación a la familia o a las actividades del otro cónyuge. Por todo ello, es importante distinguir la mera diferencia patrimonial entre ambos cónyuges por sus respectivas trayectorias personales, del verdadero desequilibrio económico que se produzca en el momento de la ruptura matrimonial y que deba su origen a la pérdida de oportunidades a causa de las distintas circunstancias que se toman en consideración para su establecimiento (las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada o futura a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, etc.).

En este sentido, cabe destacar la STS 23 enero 2012¹⁰, la cual consideró que no procedía la pensión que reclamaba la mujer (de profesión enfermera) al marido (de

² La tesis “subjetiva” es la imperante en la doctrina y jurisprudencia, tal como demuestra GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 51 y 52, y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1020 y 1021.

³ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1021.

⁴ SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 213.

⁵ STS 17 julio 2009 (LA LEY 125216, 2009).

⁶ STS 23 enero 2012 (LA LEY 2373, 2012).

⁷ SSTS 19 febrero (LA LEY 14532, 2014) y 20 febrero 2014 (LA LEY 21265, 2014).

⁸ STS 10 marzo 2009 (LA LEY 8747, 2009).

⁹ Tal como afirma, PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8010, 2013, p. 4.

¹⁰ STS 23 enero 2012 (Tol 240743).

profesión cirujano), dado que no existe desequilibrio cuando la desigualdad económica provenga únicamente de “la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja”. El hecho de que la mujer cogiese un período de excedencia voluntaria para el cuidado de la familia, no tiene que ver “con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su ex marido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)”. Sin embargo, como apunta PARDILLO HERNÁNDEZ¹¹, “la simple independencia económica de los esposos no implica, por sí misma, la eliminación del derecho de uno de ellos a percibir una pensión”, ya que según la jurisprudencia que cita a continuación, cabe la pensión “cuando los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares”¹². De todas formas, desde mi punto de vista esa última matización no casaría muy bien con toda la explicación que he hecho, habida cuenta que debiera ser indiferente el patrimonio de los cónyuges y sus ingresos salariales, cuando ambos cónyuges son económicamente independientes y no hay que equilibrar ninguna pérdida¹³. Otra cosa, sería que los dos esposos fuesen económicamente independientes, pero que uno de ellos se hubiese dedicado en parte al cuidado de los hijos y del hogar (y a causa de ello hubiese perdido oportunidades laborales y económicas) y, el otro se hubiese dedicado en exclusiva a su desarrollo profesional.

2. La extinción de la pensión compensatoria

De la misma forma que la pensión compensatoria puede concederse, también puede extinguirse por una serie de causas, dado que no se trata *per se* de un derecho de carácter vitalicio (aunque en ocasiones se concede de manera indefinida y, en consecuencia, adquiere tendencialmente tal carácter si no desaparece el desequilibrio¹⁴). Dichas causas se encuentran recogidas en el art. 101 CC y son las siguientes: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con

¹¹ PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión”, cit., p. 2.

¹² STS 22 junio 2011 (LA LEY 159722, 2011).

¹³ Es decir, considero que no tendría mucho sentido dentro de la finalidad semi-compensatoria que hemos descrito, el hecho de que se condenara a pagar una pensión a, por ejemplo, un multimillonario a favor de su ex esposa, pongamos por caso, abogada con considerables ganancias salariales, simplemente por la elevada disparidad de ingresos.

¹⁴ MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Pensión compensatoria: vitalicia y temporal aplicación del principio “pacta sunt servanda”, cuando la pensión compensatoria se establezca con otros fines que no sean los establecidos en el art. 97 CC”, *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Wolters Kluwer, Enero-Febrero 2017, pp. 2-5, apunta que a diferencia de lo que defendía la doctrina hace años se considera que la pensión compensatoria no tiene porque ser vitalicia y esta puede ser temporal, máxime cuando se postula que su función debe ser superar un desequilibrio coyuntural. Del mismo modo, manifiesta que el art. 97 es una norma de derecho dispositivo y los cónyuges pueden llegar a los pactos que consideren convenientes (art. 1255 CC), excluyendo si, así lo quieren, las causas de extinción del art. 101 CC. Lo que, convertiría a la pensión compensatoria en una renta vitalicia del art. 99 CC, cuya causa ya no sería meramente superar el desequilibrio económico.

otra persona”. Y el segundo inciso dice: “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”. En el presente trabajo desarrollaré la causa que se refiere a “vivir maritalmente con otra persona”.

En primer lugar, destacaré que el precepto tiene carácter dispositivo pudiendo las partes dentro de su libertad contractual extinguir alguna de las causas previstas, incluso añadir alguna¹⁵. Además, es destacable que se trata de una lista abierta¹⁶, no limitando su extinción únicamente a dichas causas, prueba de ello es que también sería una causa de extinción la llegada del término establecido en la sentencia, en el caso de que hablásemos de una pensión de carácter temporal. Por otro lado, la modificación de las circunstancias económicas y personales a las que hace referencia el artículo 100 CC, igualmente pueden convertirse en motivo de extinción de la pensión si son muy sustanciales¹⁷.

En segundo lugar, respecto a cada una de las previsiones, cuando el Código Civil se refiere al “cese de a causa que lo motivó”, en realidad está señalando que si las causas que recoge el art. 97 se han de tener en cuenta para su establecimiento, una vez desaparezcan el derecho a la pensión tendrá que extinguirse. Obviamente, no todas las circunstancias pueden seguir este razonamiento lógico, dado que la edad del acreedor nunca disminuirá, la dedicación pasada a la familia tampoco cambiará y, del igual forma, la duración del matrimonio. Por tanto, las vicisitudes que tendrán relevancia serán: el acceso a un nuevo empleo¹⁸, la desaparición de una enfermedad que se tuvo en consideración, el cambio en la fortuna de cada uno de ellos, etc. En este apartado también se incluirían aquellas modificaciones en las circunstancias personales y económicas de los cónyuges que sean de tal entidad que impliquen la supresión de la pensión compensatoria, ya que como apunta MONTERO AROCA¹⁹, entre el art. 100 CC y la causa primera del art. 101.1º CC, solo existe una diferencia de grado, no de calidad. Como he dicho, se pueden tener en consideración las alteraciones en los patrimonios de ambos cónyuges, por lo que una considerable disminución del patrimonio del deudor puede suponer la extinción de la pensión

¹⁵ Así lo afirma DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1062, e, igualmente, se pregunta si sería posible excluirlas todas, concluyendo que seguramente lo sea. Sin embargo, considero que se muestra más precisa MESA SÁNCHEZ antes, cuando señala que si se llevan a cabo tales pactos ya no estaríamos ante una pensión compensatoria sino ante un renta vitalicia.

¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1062

¹⁷ Es el caso de la STS 17 marzo 2014 (RAJ 2014, 1501) la cual considera que “la percepción de una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción”, REYES LÓPEZ, M.J.: “La reciente jurisprudencia del Tribunal supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, p. 482.

¹⁸ Se podría decir que es la causa más común de extinción.

¹⁹ MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., CALDERÓN CUADRADO, R., Y FLORS MATÍES, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 2450.

(véase un despido). La segunda causa de extinción, “el nuevo matrimonio del acreedor” no plantea mucho misterio, de hecho, es automática y se podría defender el efecto retroactivo de la cantidades cobradas constante ya el nuevo matrimonio²⁰. Por último, “la convivencia marital del acreedor con otra persona” es el objeto de la presente comunicación y profundizaremos en ella en las siguientes páginas.

En definitiva, salvo que las partes hayan mediante pacto alterado el régimen legal, la extinción compensatoria se basa en un elemento común, a saber, la superación del desequilibrio²¹, ya sea porque haya desaparecido la causa que motivó su establecimiento, haya cambiado sustancialmente la situación económica del acreedor de forma sobrevenida, se haya superado el tiempo que prudencialmente fijó la sentencia mediante el llamado “juicio prospectivo”²² o el acreedor haya iniciado una relación matrimonial, o “convivencia marital”. Siendo estas dos últimas previsiones: “el nuevo matrimonio del acreedor” y “convivencia marital del acreedor con otra persona”, las más controvertidas desde mi punto de vista, no ya porque sean complejas de delimitar (la “convivencia marital” es difícil de acotar), sino porque resultan poco coherentes con la *ratio* que, en principio, se le atribuye a la pensión compensatoria²³. Es decir, si aquello que nos debe guiar tanto en el establecimiento como en la supresión de la pensión compensatoria es el denominado “desequilibrio económico”, porqué iniciar una nueva relación con otra persona tras la ruptura matrimonial debe conllevar necesariamente, sin ninguna excepción, la pérdida de la misma. Dicho en otras palabras, es qué acaso lo que el legislador tenía en mente cuando redactó dicho artículo es que el acreedor de la pensión (en su gran mayoría mujeres)²⁴ ha encontrado otra persona que le mantenga. A mayor abundamiento, es qué una relación de pareja que reúna los requisitos de “convivencia marital” ha de tener necesariamente una dimensión económica. Va el nuevo cónyuge o conviviente a revertir el desequilibrio económico siempre, cuando a lo mejor es más pobre que el acreedor de la pensión. Más adelante, voy a analizar esta cuestión con mayor detenimiento para poner de relieve las inconsistencias que presenta este mecanismo en la sociedad actual.

²⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción*, Lex Nova, 2ªed, Valladolid, 2003, pp. 384 y 385.

²¹ PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 839, habla obtener una posición económica autónoma que responda a las capacidades propias del perceptor para generar recursos económicos.

²² Como explica BLANCO SARALEGUI, J.M.: “Pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, núm. 9049, 2017, p. 3.

²³ Algo que ha observado reputada doctrina científica como puede ser GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit.

²⁴ De los 95.501 divorcios que hubieron en España en 2016 entre personas de distinto sexo, solo en 733 se fijó pensión a favor del varón, frente a los 7.755 en los cuales se fijó a favor de la esposa. También llama la atención el reducido número de divorcios en los cuales se fijó pensión compensatoria solo 8.488 frente a los 95.501. Fuente: Estadística Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios/>

3. Breve referencia a la extinción de la pensión compensatoria en el Derecho Comparado

Antes de abordar qué debemos entender por “convivencia marital” y examinar lo que implica dentro del supuesto fundamento que tiene la pensión compensatoria. Considero conveniente hacer un breve repaso a la extinción de la pensión compensatoria en otros países de nuestro entorno jurídico. Eso sí, haciendo especial énfasis en la extinción por la convivencia con un tercero.

Para empezar, señalaría al igual que hace VELA SÁNCHEZ²⁵, que se pueden distinguir dos grandes grupos de países. Los que, como nosotros, equiparan el efecto extintivo tanto al matrimonio como a la convivencia marital, y los que solamente contemplan el nuevo matrimonio como causa de extinción con el riesgo que ello conlleva de fraude de ley.

Así, del primer grupo tendríamos, por ejemplo, a Francia que en su *Code* recoge: “Dejará de ser obligatoria de pleno derecho la pensión de alimentos si el cónyuge acreedor contrajera nuevas nupcias. Se pondrá fin a la misma si el acreedor viviese en concubinato notorio”(art. 283). También Alemania, cuando en el art. 1586 del BGB dice básicamente que el nuevo matrimonio del perceptor o el inicio de una vida conyugal con otra persona extinguirá la pensión.

Por el contrario, Italia y Suiza solo contemplan el nuevo matrimonio como motivo de extinción y no la “vida marital”. La Ley italiana de 1 de diciembre de 1970 sobre la regulación del divorcio²⁶, establece que: “La obligación del pago de la asignación cesa si el cónyuge, al cual se le debe pagar, contrae nuevas nupcias”. En la misma línea, el art. 130.2 del Código Civil Suizo regula que: “Salvo acuerdo en contrario, [la obligación de mantenimiento], se extingue igualmente por el nuevo matrimonio del acreedor”.

Más característicos son los casos de México y Portugal. Por lo que respecta a Portugal, el artículo 2019 de su Código Civil dispone que desaparece: “El derecho a ser alimentado por contraer nuevo matrimonio, o volverse indigno el beneficiario por su comportamiento moral²⁷”. Pero, el Código Civil mexicano en su art. 288 es mucho más peculiar, habida cuenta que diferencia el derecho a la pensión compensatoria en función de si su perceptor es un hombre o una mujer. Si hablamos de una mujer, le reconoce un derecho a alimentos, en caso de divorcio por mutuo acuerdo, por el mismo período de tiempo que duró el matrimonio, mientras no tenga ingresos suficientes y se abstenga de contraer nuevas nupcias o de vivir en concubinato. En cambio, si se trata de un hombre, le otorga el mismo

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de cólera”, *Diario La Ley*, núm. 7459, 2010, p. 9.

²⁶ “Legge 1 dicembre 1970, núm. 898- Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”.

²⁷ Aunque por su literalidad muchos lo encuadraríamos en el supuesto de indignidad para suceder, el Tribunal Supremo portugués ha reconducido dicha expresión a la convivencia análoga a la matrimonial (STS 22 octubre 1992).

derecho bajo las mismas condiciones, salvo que añade una más, la de estar imposibilitado para trabajar.

III. ¿QUÉ SIGNIFICA “CONVIVENCIA MARITAL”?

1. Ideas generales

Por fin llegamos al punto más importante de la presente comunicación. En el que vamos a discernir qué debemos entender por “convivencia marital”, a efectos de extinguir la pensión compensatoria.

Como digo es a “efectos de extinguir la pensión compensatoria”, dado que como voy a señalar, desde mi punto de vista, no podemos obviar a la hora de interpretar este concepto jurídico indeterminado el hecho de que se sitúa en el ámbito de la extinción de la pensión compensatoria. Es decir, su interpretación tendrá que ser acorde con la finalidad que, en principio, se postula sobre dicha pensión, la superación del desequilibrio.

Con carácter general, la doctrina defiende que esta previsión legislativa se justifica en la medida de evitar fraudes²⁸. Dicho de otro modo, si el matrimonio es causa de extinción de la pensión compensatoria, tan fácil sería para el acreedor de la pensión compensatoria no casarse para seguir cobrando la mentada pensión. Sin embargo, este argumento, desde mi humilde opinión, supone quedarse en la superficie de la cuestión, ya que la verdadera finalidad de este artículo debe ser poner fin a la pensión una vez se verifique la superación del desequilibrio que justifica su establecimiento.

Pues bien, sobre esta causa del art. 101 CC cabe hacer ciertas matizaciones. Por un lado, si la convivencia marital se ha iniciado antes de dictarse sentencia de divorcio, parece lógico que no se admita la procedencia de la pensión compensatoria en dicha sentencia. Por otro lado, también se ha planteado qué ocurre con las cantidades abonadas durante el período que duró la convivencia hasta la sentencia que declare extinguido el derecho²⁹. En este caso, a diferencia del supuesto del matrimonio se podría concluir que no procede el efecto retroactivo³⁰, habida cuenta que es harto difícil fijar con seguridad el inicio de la convivencia “*more uxorio*” y, al final, se trata de un asunto de justicia rogada abierto a la libre disposición de las partes. Además, diría que carece de sentido atribuir ese efecto a la extinción por convivencia análoga a la matrimonial, cuando resulta muy complejo³¹ delimitar con exactitud cuáles son

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1065.

²⁹ Este punto lo tratan, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit. p. 1067 y ROMERO COLOMA, A.M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75, Aranzadi, 2017, pp. 10 y 11.

³⁰ La STS 23 noviembre 2011 (Tol 2290854) concluyó en este sentido.

³¹ Por no decir imposible, como apunta GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 216.

las características que definen “lo matrimonial” y su aproximación resulta extremadamente casuística.

A mayor abundamiento, resulta indudable que dicha causa de extinción opera igual tanto si la relación es entre personas del mismo sexo o de distinto³². Como así lo ha manifestado BARCELÓ DOMÉNECH³³. Por consiguiente, el aspecto más controvertido sobre este tema es el probatorio. Así lo ha puesto de relieve numerosa jurisprudencia³⁴, porque al final por mucho que los académicos elucubremos sobre qué debemos entender por “convivencia marital”, sin pruebas de una relación que vaya más allá de la amistad o del mero noviazgo pasajero no se puede suprimir la pensión compensatoria. Esta es la razón por la que se suele recurrir a la prueba indiciaria en este ámbito³⁵, donde la obtención de las pruebas más sólidas supondría inmiscuirse en la intimidad de las personas. Por último, como indica DÍAZ MARTÍNEZ³⁶, no parece necesario que tratándose de parejas de hecho cumplan el requisito formal de inscripción, bastando solamente acreditar el “estatus paramatrimonial”, más aún cuando muchas veces tales registros no recogen el fin de la relación.

Centrándonos, otra vez, en el *quid* que nos ocupa en esta comunicación. Se pueden diferenciar dos grandes posturas sobre el significado de la expresión “convivencia marital”.

La primera sería considerar que solo aquella convivencia que, verdaderamente, evidencie un “proyecto compartido” o “proyecto de vida en común” sería merecedora del calificativo de matrimonial³⁷. Esta sería la interpretación más restrictiva y, también, la que, al menos, es más respetuosa con el desequilibrio económico, habida cuenta que una convivencia de este tipo podría hacernos pensar que la relación se asemeja más a una comunidad de bienes tácita donde cada uno de los miembros pone, por así decirlo, su granito de arena. Por este motivo, suele tener relevancia el hecho de que los convivientes tengan un domicilio común.

La otra postura sería pensar que, si tenemos presente la realidad que nos rodea hoy en día, cualquier relación que no sea esporádica, casual o únicamente física, tendría

³² Aunque no lo tenía tan claro la SAP Jaén, 15 noviembre 2002 (AC 2003, 32), nótese que es anterior a la Ley de 1 de julio de 2005, del matrimonio homosexual.

³³ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 63.

³⁴ Dichas sentencias coinciden en lo difícil que es obtener pruebas directas sobre unos hechos que normalmente se desarrollan en la intimidad, vid. SSAP León, 23 mayo 2013 (JUR 2013, 200201), Asturias 18 septiembre 2012 (JUR 2012, 369786), Valencia 9 marzo 2010 (JUR 2010, 196822).

³⁵ En ese sentido, se pronunció la SAP Sta. Cruz de Tenerife, 8 marzo 2010, cuando apuntó que “se deba considerar suficiente la prueba indiciaria”, porque “no se escapa a la lógica el interés que subyace” en ocultar este tipo de relaciones. También en similares términos, declaran SSAP Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012, 320822) y 1 septiembre 2011 (JUR 2011, 337546).

³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1065.

³⁷ En esta línea, cabe destacar las SSAP Baleares, 27 marzo 2013 (JUR 2013, 164667), Valencia, 20 febrero 2013 (JUR 2013, 156143), Cádiz, 30 noviembre 2012 (JUR 2013, 67613) y Málaga, 9 febrero 2010 (JUR 2010, 246496), entre muchas otras.

la consideración de marital. Simplemente, por una sencilla razón, si como, entre otros autores, sostiene GUTIÉRREZ SANTIAGO³⁸ y, en cierta medida, el Tribunal Supremo³⁹, se ha vaciado de contenido al matrimonio, cómo podemos los mortales extraer aquellos elementos que definen “lo matrimonial”. Salvo la forma, ya no hay ningún elemento jurídico que caracterice al matrimonio civil, tanto la heterosexualidad como la indisolubilidad (los elementos que antaño más identificaban al matrimonio) han desaparecido, e incluso los deberes conyugales como es la fidelidad no son coercibles.

Así, descrito lo anterior, puede parecer complicado decantarnos por una postura u otra. No obstante, como ya he adelantado en algún momento, opino que el problema de fondo es otro, porque lo que nos debe guiar en materia de extinción de pensión compensatoria debe ser la razón por la que se concedió, a saber, el desequilibrio económico. No debemos detenernos en la estéril tarea de distinguir que estadio de relación sentimental hace desaparecer el desequilibrio económico.

A continuación, voy a exponer la opción que finalmente ha acogido el Alto Tribunal y los argumentos que esgrimió para ello.

2. La postura del Tribunal Supremo

El Supremo, en la conocida STS 9 de febrero de 2012, se ha decantado finalmente por una de las posturas. En dicha resolución, contradijo lo sentado por la sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar, en resumidas cuentas, que lo relevante son los caracteres de permanencia y estabilidad, en contraposición a relación esporádica u ocasional.

El supuesto de hecho del que parte el Supremo es el siguiente: D. Santos y D^a. Florinda se divorciaron por sentencia de 31 de enero de 2007. Posteriormente, las medidas fueron modificadas por auto de 9 de octubre de 2007, en el cual se estableció una pensión alimenticia de 2.500 € al mes por hija y, al mismo tiempo, una pensión compensatoria de 6.000 € mensuales para la esposa (el ex marido era Registrador de la propiedad).

Entonces, D. Santos tras conocer que su ex mujer mantenía una relación íntima con un tercero, interpuso una demanda de modificación de medidas por la que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria y, subsidiariamente, que se declarase temporal.

³⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 27. Destaca también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1479 y 1482; el cual afirma con rotundidad que “el actual concepto de matrimonio es un pseudoconcepto porque está vacío de significado socialmente relevante”.

³⁹ STS 9 febrero 2012 (RJ 2012, 2040), en esta sentencia se decanta por la interpretación extensiva de vida marital.

Así, el Juzgado núm. 3 de Valladolid resolvió que, efectivamente, la relación que mantenía su ex mujer tenía los caracteres de marital, a saber, “permanencia, regularidad, y globalidad que permite equiparar la situación de hecho a la comunidad de vida propia de la institución matrimonial”. Una vez estimada la demandada, ambos apelaron la sentencia. Si bien, la Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 31 de mayo de 2010⁴⁰, por su Sección 1ª, estimó el recuso de Florinda y concluyó que no se había evidenciado la existencia de una convivencia matrimonial que se caracteriza por ser continuada y estable. En definitiva, afirma que debería haberse probado “la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido”, cuando lo que se ha demostrado es simplemente una relación sentimental en diferentes vehículos y establecimientos hoteleros. Por tanto, “una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital sino va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida”. De esta forma, considera la Audiencia que no se puede limitar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de forma excesiva, ni que podamos encuadrar dentro del concepto de vida marital este tipo de relaciones, ya que de lo contrario estaríamos obligando al acreedor de la pensión compensatoria a una vida de aislamiento y abstención sexual. Solo sería merecedora de la sanción del art. 101 CC aquella relación que fuera matrimonial o pudiera equiparse a ella en todos los sentidos.

Ante este resultado, D. Santos presentó recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, cabe destacar que el Ministerio Fiscal se opuso alegando que la interpretación que había realizado la Audiencia Provincial era correcta.

Finalmente, el Tribunal Supremo le dio la razón a D. Santos y declaró extinguida la pensión compensatoria. Para empezar, el Alto Tribunal pone de relieve la existencia de las dos corrientes doctrinales sobre qué debemos entender por “vida marital”. Como ya hemos señalado anteriormente, serían aquella que exige un “proyecto global de vida en común” o aquella que solo pretende un relación que evidencie una cierta convivencia estable. Asimismo, señala que dada la situación de la institución del matrimonio en la actualidad, definir “lo matrimonial” presenta “enormes dificultades”, dado que muchas de sus características han desaparecido, tales como la indisolubilidad.

Dicho esto, el Supremo considera que para alcanzar el significado de vida marital tenemos que servirnos de dos cánones interpretativos. El primero sería el de la finalidad de la norma y el segundo el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. Si seguimos el primero, concluye que la finalidad con la que esta norma fue creada era evitar que se ocultaran verdaderas relaciones matrimoniales en las que había ausencia de forma para impedir las consecuencias del art. 101 CC. Si seguimos el segundo canon, entiende que se puede observar desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva. Según, la subjetiva, “marital” sería aquella

⁴⁰ SAP Valladolid, 31 mayo 2010 (JUR 2010, 251110).

relación en la que “los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma”. Por otro lado, la objetiva se basaría en la existencia de convivencia estable, es decir, aquella relación donde los convivientes viven como cónyuges produciendo “una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”. De este modo, ambos sistemas serían complementarios, pero, aún así, el Tribunal Supremo reconoce la dificultad que entraña aproximarse a la realidad que consideraríamos matrimonial. Porque “es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.”

De tal manera, expuesto lo anterior, el Supremo determina que una relación como la conocida en el supuesto de hecho, de un año y medio de duración, que fue reconocida por la propia Florinda es “marital”, por varios motivos: A) Existe una relación pública, conocida por amigos y familiares de un año y medio de duración. B) No se produjo convivencia continuada bajo el mismo techo, pero se produjeron continuas permanencias en sus respectivos domicilios, así como en el vehículo del D. Santos y en varios establecimientos hoteleros. C) Esta relación se caracterizó por la permanencia (año y medio de duración) y se produjo en su entorno la sensación de cierta estabilidad. Por consiguiente, a raíz de los hechos probados se debe interpretar esta relación como “marital” a los efectos del art. 101 CC. De hecho, sigue diciendo que la consecuente extinción de la pensión compensatoria no se debe entender como una sanción, ya que el ex cónyuge deudor de la pensión compensatoria ya no tiene ninguna “obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.”

En este sentido, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y repone en parte la sentencia de primera instancia, declarando extinguida la pensión compensatoria. Por todo ello, lo más destacable de esta sentencia es la novedosa interpretación que realiza el Supremo sobre dicha expresión. Se deja de lado el requisito de convivencia bajo un mismo techo o la indefectible existencia de un proyecto de vida en común, para poner más el acento en los caracteres de permanencia y estabilidad en la relación, en contraposición a esporádica u ocasional⁴¹.

Recientemente, esta línea jurisprudencial ha sido seguida en términos similares por la SAP Valencia, 27 marzo 2017⁴², la cual ha establecido que convivir bajo el mismo techo únicamente en vacaciones o en fines de semana no es óbice para declarar la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital.

⁴¹ MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma”, *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. LA LEY, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012, p. 6.

⁴² SAP Valencia, 27 marzo 2017 (LA LEY 68718/2017).

IV. FUNDAMENTOS, INCOHERENCIAS Y PROPUESTAS

Si analizamos la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo nos podemos preguntar si verdaderamente acierta con la interpretación que establece a raíz de los dos cánones interpretativos de los que se sirve.

Es verdad que si, simple y llanamente, nos basamos en la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, evidentemente hemos de llegar al mismo lugar a consecuencia de la imperante actualidad. Pero, si tenemos presente el canon de finalidad de la norma, que, en efecto, es el más importante⁴³, el resultado no puede ser tal.

Decir que la “ratio” final de la expresión “por convivir maritalmente con otra persona” incluida dentro del propio artículo 101 CC es evitar el fraude de ley, desde mi punto de vista es quedarse corto. Claro que el objetivo más inmediato era ese, pero no debemos olvidar que estamos hablando de la extinción de la pensión compensatoria, y como tal no podemos prescindir de la razón última de su existencia, la superación del desequilibrio. De lo contrario se pueden producir verdaderas injusticias. Al final, si no seguimos la guía de la superación del desequilibrio, no alejamos del problema, y con un intento del salvar la clásica picaresca que caracteriza nuestro país, estaríamos incurriendo en un error. Error que como se ha puesto de relieve antes también cometen otros países de nuestro entorno⁴⁴. Poner el foco en distinguir que tipos de relación se asemejan más al matrimonio y cuáles no, es meterse en un callejón sin salida, ya que las variantes son inclasificables e incluso, hoy en día, una relación matrimonial puede carecer de una esfera patrimonial, donde la economía de cada uno sea completamente independiente. Como apunta la doctrina, parece ser que lo que se pretende es impedir a todo costa que el deudor pueda llegar a mantener indirectamente a la nueva pareja de su ex esposa⁴⁵.

Respecto a las inconsistencias que puede llegar a crear dicha interpretación resulta muy elocuente VELA SÁNCHEZ⁴⁶. Uno de los ejemplos se corresponde con el hipotético caso de una mujer de edad ya madura que durante muchos años se haya ocupado de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos (teniendo, por consiguiente, derecho a una pensión vitalicia o de larga duración) y que finalmente por

⁴³ El Código Civil es claro, “las normas se interpretaran [...] atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁴⁴ En Italia, se ha planteado la distorsión que puede suponer que en su legislación se ajuste el “assegni” (pensión) al “tenore di vita” (tenor de la vida) que había disfrutado el “coniuge debole” (el cónyuge débil). Reflexiona sobre dicha circunstancia BERTI DE MARINIS, G.: “Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016, pp. 79-81. Igualmente, en la siguientes páginas también pone de manifiesto que las vicisitudes posteriores al divorcio, como una alteración en los patrimonios de los cónyuges, pueden suponer una modificación del “assegni”.

⁴⁵ Preocupante es el razonamiento que llegó a declarar en su día la SAP Palma de Mallorca, 22 marzo 1988, al señalar que ni “legal ni humanamente puede obligarse al marido a que contribuya al sostenimiento de un hogar que le es, no solo ajeno, sino probablemente del todo odioso”.

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit.

desavenencias en el matrimonio se divorcien los cónyuges. Hasta ahí, nada fuera de lo normal, pero pongamos por caso que la mujer al poco tiempo, por ejemplo, un año, comience una relación de pareja con otro hombre, que no necesariamente sea pudiente, que incluso esté igual o más necesitado que ella. ¿Sería justo extinguir la pensión a la que tendría derecho por el mero hecho de acoger la interpretación extensiva que hace el Tribunal Supremo?. A mayor abundamiento, aunque la nueva pareja pudiese mantener a la ex esposa, es que acaso una relación que ni siquiera debe cumplir los requisitos de vida y proyecto en común ha de tener una esfera patrimonial. Y si ya rozamos el rizo, es que acaso no sería equitativo que la mujer tenga derecho a una compensación por su sacrificio y consiguiente beneficio de su ex cónyuge, con independencia de su futura vida personal.

Otro supuesto que se puede dar en la práctica, si bien en otro orden de la materia, sería el caso de un matrimonio con las mismas circunstancias que el anterior, salvo que al poco tiempo del divorcio (por ejemplo, un año como en el caso anterior), en lugar de encontrar la ex esposa una nueva pareja, el ex marido acabe en el paro con una reducción significativa de sus ingresos y, en consecuencia, pudiese prosperar una demandada de modificación de medidas por la nueva situación económica del deudor. ¿Sería justa para el acreedor la posible extinción para siempre (sin posibilidad, de que cuando las condiciones económicas del deudor mejoren, la recupere) de la pensión compensatoria por el mero cambio de circunstancias?

Basándose sobre todo en el primero de los supuestos, VELA SÁNCHEZ asevera que “si el fundamento de la compensación es el desequilibrio económico –o la necesidad, en su caso- y tal desequilibrio desaparece, cesa la obligación; más, si se mantiene, cualquiera que sea la situación personal de la persona beneficiaria, el beneficio debiera conservarse”⁴⁷. Por tanto, considera que la nueva relación de pareja no puede suponer automáticamente la desaparición del desequilibrio y sería más acertado añadir el siguiente apartado en el art. 101 CC: “Tampoco se extingue el derecho a la pensión en caso de contraer nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona si: A) Ésta tiene ingresos inferiores al 50% del SMI o el Juez lo estima procedente atendidas las circunstancias que dieron lugar a la prestación. B) El prestador de la pensión ha sido condenado por violencia de género en el ámbito familiar ejercida sobre la perceptora de la misma”⁴⁸.

No obstante, la propuesta de VELA SÁNCHEZ encierra varias dificultades. Las cuales giran fundamentalmente en el ámbito probatorio, a saber, cómo estimamos los ingresos de la nueva pareja. Además, paradójicamente nos estaríamos alejando otra vez del que debería ser el verdadero propósito de la pensión compensatoria, atribuyendo el sostenimiento del perceptor de la pensión a la nueva pareja, en defecto de la anterior. Cuando, desde mi punto de vista, un sistema indemnizatorio más objetivo como es la institución del enriquecimiento injusto sería lo más adecuado (como las parejas de hecho), ya que nos olvidaríamos de las posteriores vicisitudes en la vida del perceptor de la pensión. Así, correspondería a quien se ha

⁴⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit.p. 10.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 11.

visto beneficiado de la dedicación al hogar del deudor⁴⁹ de la pensión compensar el desequilibrio creado tras la ruptura.

De todos modos, la propuesta de VELA SÁNCHEZ tampoco me acaba de convencer por su punto B, habida cuenta que parece estar creando una nueva sanción penal, en forma de multa, en la legislación civil. La cual debe ser ajena al reproche penal y únicamente indemnizar los daños patrimoniales y morales que debidamente se acrediten a raíz de un determinado hecho.

Por todo ello, si dejamos de lado soluciones complejas y alambicadas, y consideramos que lo más importante es la desaparición del desequilibrio creado por la ruptura, una salida sencilla sería dejar solo la primera de las causas de extinción: “El cese de la causa que lo motivó”.⁵⁰ Siendo irrelevante la ulterior vida marital o personal que tenga el perceptor de la pensión.⁵¹

Sin embargo, sus inconsistencias no acaban aquí. Por un lado, no resulta coherente la postura del Supremo con la supuesta finalidad que debe tener la pensión compensatoria. Pero, por otro lado, tampoco parece que la función que le pretende atribuir el legislador y los Tribunales case con el modelo tendente de sociedad. Dado que, en definitiva la pensión compensatoria tiene unos tintes asistenciales, alejados de lo que sería una pura compensación, que son herederos del momento en que fue creada.

De hecho, muchos autores ya han cuestionado el fundamento e incluso la propia existencia de la pensión compensatoria⁵². Algunos, como ORTUÑO MUÑOZ, han

⁴⁹ O la actividad profesional de su cónyuge, etc.

⁵⁰ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas. Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales”, en AAA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 26-28, 32, 47-49; y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán* (coord. C. J. MALUQUER DE MOTES Y BERNET), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 247-248; y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 61. Además, dicha postura se relacionaría bien con lo que ha puesto de manifiesto otra doctrina como VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit., p. 1 y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción*, cit., p. 244, cuando señalan que al legislador no debe importarle lo que haga el perceptor con los ingresos recibidos. También, CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 571; apunta que se está dejando “inconclusa la finalidad reparadora de la pensión”.

⁵¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 65 y ss.

⁵² Muchos han sido los que han comparado la pensión compensatoria con un contrato de mantenimiento vitalicio o con el aprobar una oposición. Destacaría a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derechos de Familia de 2005* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 30, por su naturalidad cuando viene a decir, que si se quieren asegurar la vida después del matrimonio que concierten un seguro de vida matrimonial, no hay que confundir un seguro con el matrimonio.

llegado a decir que es un precepto propio de un profundo “paternalismo machista”⁵³. Al final, en mi opinión la pensión compensatoria, siendo críticos y aún con algunas excepciones, no tiene mucho sentido en el modelo de familia actual. En cierta medida, parece que tenga la naturaleza propia de un derecho transitorio. Es decir, un instrumento creado por el legislador para dar virtualidad al divorcio en la década de los ochenta cuando éste retornó a nuestro país. En ese sentido, siendo el típico modelo de familia, en aquel momento, el de marido trabajador fuera de casa y esposa al cuidado de los hijos y del hogar, resultaría muy difícil a la mujer divorciarse si no era asistida por su ex marido. Por tanto, mayoritariamente superado ese modelo, o, por lo menos, cada día más. No resulta tan justificable la existencia, hoy en día, del mecanismo de la pensión compensatoria.

Todo esto, también ha llevado a GUTIÉRREZ SANTIAGO, entre otros autores⁵⁴, a abogar por la supresión de la pensión compensatoria⁵⁵. Entre otros argumentos, comparte su poca compatibilidad con la sociedad actual, asimismo destaca lo absurdo que resulta diferenciar entre vida marital y no marital, cuando estaríamos manejando un concepto imposible⁵⁶. Tal como se ha puesto de relieve antes, salvo la forma, carecemos de referencias objetivas para diferenciar con absoluta certeza ambas realidades. Igualmente, considera surrealista valernos de datos como la “necesidad de los cónyuges” o el “caudal y medios económicos”⁵⁷, si su pretendida finalidad es verdaderamente la compensación de un desequilibrio que tiene su causa en los distintos roles que han asumido los cónyuges durante el matrimonio.

V. CONCLUSIÓN

En resumen, después de todo lo expuesto creo que la salida más adecuada es la postura que finalmente propone GUTIÉRREZ SANTIAGO. Es decir, recurrir a la teoría del enriquecimiento injusto y aplicarla a ambas realidades, a saber, tanto a las parejas de hecho como al matrimonio. De esta forma, se repararía la pérdida de expectativas laborales y económicas, en relación al desigual desempeño en la tareas del hogar, el cuidado de los hijos; así como, también se podrían compensar otras situaciones, entre ellas, la colaboración en las actividades de otro cónyuge de forma desinteresada durante el matrimonio. Lo que haría mucho más objetiva y sobre todo justa la compensación tras la ruptura de la pareja. Pero, lo más importante sería que se indemnizarían los perjuicios causados ahí donde se hubiesen acreditado, sin valernos con carácter general de un instrumento que irremediablemente siempre presenta un aspecto asistencial que no es propio de la sociedad actual.

Si analizamos detenidamente la postura del Tribunal Supremo, ésta no es más que

⁵³ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 90.

⁵⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad”, cit.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit.; y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Efectos”, cit.

⁵⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 226.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 216.

⁵⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 209.

un intento de salvar otro fraude. Si la extinción por vida marital fue creada para evitar el fraude de no casarse (para no perder la pensión), son ahora las parejas las que renuncian a vivir bajo un mismo techo o proyecto en común, para evitar también la extinción por vida marital. Haciendo harto difícil la prueba de una vida en común. Por todo ello, parece que el Supremo haya tomado una decisión salomónica dentro de sus propias facultades, los Tribunales no pueden cambiar la ley. No obstante, me pregunto si no sería más salomónico y, al mismo tiempo, más conforme con los tiempos que corren poner fin a la que se nos antoja ya vetusta pensión compensatoria. Si hemos repetido a lo largo de la comunicación que diferenciar entre vida marital y no marital cae en lo indescifrable, para qué nos vamos a devanar los sesos en distinguir entre aquello que se asimila al matrimonio y aquello que no se asimila al matrimonio, cuando los elementos que antaño caracterizaban al matrimonio han desaparecido. No sería más acorde con el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la libertad nupcial (art. 32.1 CE), renunciar a la pensión compensatoria e instituir para el matrimonio, al igual que ya está para las parejas de hecho, la utilización de la teoría del enriquecimiento injusto. Dando lugar a una indemnización que sería ajena a la posteriores vicisitudes que tenga el perceptor de la compensación.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERTI DE MARINIS, G.: “Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016.

BLANCO SARALEGUI, J.M.: “Pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, núm. 9049, 2017.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas. Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales”, en AAA.VV.: *Aspectos civiles y*

penales de las crisis matrimoniales (coord.. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Lex Nova, Valladolid, 2009.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma”, *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. LA LEY, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012.

MALUQUER DE MOTES Y BERNET., C. J.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán* (coord. C. J. MALUQUER DE MOTES Y BERNET), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 2005.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derechos de Familia de 2005* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Pensión compensatoria: vitalicia y temporal aplicación del principio “pacta sunt servanda”, cuando la pensión compensatoria se establezca con otros fines que no sean los establecidos en el art. 97 CC”, *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Wolters Kluwer, Enero-Febrero 2017.

MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., CALDERÓN CUADRADO, R., Y FLORS MATÍES, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8010, 2013.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007.

ROMERO COLOMA, A.M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75, Aranzadi, 2017,

SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de cólera”, *Diario La Ley*, núm. 7459, 2010.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción*, Lex Nova, 2ªed, Valladolid, 2003.

